

Projet de loi portant

- 1) modification du Code d'instruction criminelle,**
 - 2) modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques,**
 - 3) modification de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques,**
 - 4) adaptation de la procédure pénale face aux besoins liés à la menace terroriste**
-

Avis du Conseil d'État

(7 février 2017)

Par dépêche du 2 décembre 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Au projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles ainsi qu'une fiche d'évaluation d'impact.

Il résulte de la lettre de saisine que les avis de la Commission nationale pour la protection des données, de la Commission consultative des droits de l'homme et des Ordres des avocats du barreau de Luxembourg et de Diekirch, ont été sollicités.

L'avis de la Commission nationale pour la protection des données (ci-après CNPD) a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 24 février 2016. Par dépêche du 18 mars 2016, l'avis de la Commission consultative des droits de l'homme lui a été communiqué.

Par dépêche du 8 août 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous rubrique.

Aux amendements gouvernementaux furent joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière ainsi qu'une version coordonnée du projet de loi tenant compte desdits amendements.

Par dépêche 26 septembre 2016, l'avis de la CNPD concernant les amendements gouvernementaux a été communiqué au Conseil d'État.

Par dépêche du 8 décembre 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'une deuxième série d'amendements gouvernementaux. Au texte des amendements proprement dits étaient joints un exposé des motifs, un commentaire pour chacun des amendements joints un exposé des motifs, ainsi qu'un texte coordonné du projet de loi intégrant les amendements.

C'est cette version coordonnée transmise en date du 8 décembre 2016 qui sera analysée par le Conseil d'État dans l'avis qui va suivre.

Au jour du présent avis, les avis des Ordres des avocats du barreau de Luxembourg et de Diekirch, ne sont pas encore parvenus au Conseil d'État.

Considérations générales

Les auteurs déclarent s'être interrogés après les attentats de Paris en date du 13 novembre 2015, sur la question de savoir si la législation luxembourgeoise est au point pour répondre de façon efficace à des menaces terroristes. Leur analyse les a amenés à la conclusion qu'il y avait lieu de renforcer certaines dispositions de la procédure pénale. Ces renforcements, qui ne seraient pas dramatiques aux yeux des auteurs du projet de loi sous avis, doivent permettre, avec les autres réformes du Code d'instruction criminelle effectuées ces dernières années, de lutter contre d'éventuelles activités terroristes dans notre pays, mais également de répondre à des demandes d'entraide judiciaire aux fins d'exécuter des mesures que le droit luxembourgeois ne connaît pas encore.

Les auteurs estiment encore qu'il serait indiqué de disposer de moyens qui sont devenus standard dans d'autres États européens.

Selon les auteurs du projet d'avis, les dispositions proposées s'inscrivent dans le cadre de la précision d'une possibilité déjà donnée au juge d'instruction par la loi du 26 novembre 1982 portant introduction dans le Code d'instruction criminelle des articles 88-1, 88-2, 88-3 et 88-4 permettant audit juge d'instruction d'ordonner « l'utilisation de moyens techniques de surveillance et de contrôle de toutes les formes de communication ».

Les mesures prises s'inspirent, selon les auteurs, notamment des droits français et belge et ne seraient pas maximalistes, en ce qu'elles seraient limitées, pour la plupart, aux infractions dans le domaine du terrorisme et des crimes et délits contre la sûreté de l'État. Elles se situeraient, par ailleurs, dans la logique déjà tracée par la loi précitée de 1982 ou par la loi du 3 décembre 2009 portant 1) réglementation de quelques méthodes particulières de recherche 2) modification de certaines dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

Ainsi, six mesures sont proposées :

– Pour toutes les infractions :

1) conférer, en matière d'enquête pour crime ou délit ou d'instruction préparatoire, au procureur d'État et au juge d'instruction le pouvoir de requérir des opérateurs de télécommunications aux fins d'identifier un abonné d'un service de communication électronique ou d'identifier les services de communications électroniques auxquels une personne donnée est abonnée ;

– Pour les seules infractions en matière de terrorisme, de financement du terrorisme et de crimes et délits contre la sûreté de l'État :

2) prévoir la sonorisation de lieux privés et permettre que les dispositifs techniques utilisés à ces fins puissent être placés dans les lieux privés ;

3) étendre la surveillance et le contrôle de toute forme de communication à la captation de données informatiques et permettre que ces mesures puissent être effectuées dans les lieux privés ou par l'intermédiaire d'un réseau de communications électroniques ;

4) permettre l'enquête sous pseudonyme dans le cadre des moyens de communication électronique ;

5) permettre, au cours de l'instruction préparatoire, des perquisitions à toute heure ;

6) permettre, à titre exceptionnel, une prolongation du délai de rétention en matière de flagrant crime et délit de vingt-quatre heures à un maximum de quarante-huit heures.

La simple lecture des mesures ainsi proposées fait apparaître que lesdites mesures que les auteurs considèrent comme n'étant « pas dramatiques », sont au contraire des dispositions qui affectent certains droits fondamentaux des citoyens. Est ainsi affectée la protection de la vie privée garantie par l'article 11(3) de la Constitution. Il en est de même de la liberté individuelle garantie par l'article 12 de la Constitution, plus particulièrement par la troisième phrase de cet article. Est encore restreinte l'inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution). L'inviolabilité du secret de la correspondance (article 28 de la Constitution) est elle aussi touchée par ces mesures.

Les dispositions proposées par les auteurs dans le cadre du projet de loi sous avis, doivent encore être analysées au regard de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté, et de l'article 8 de cette même Convention qui prévoit que toute personne a droit à la protection de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Le Conseil d'État concède que l'exercice auquel le législateur doit procéder est extrêmement délicat : trouver une balance entre les nécessités de la sécurité de l'État et de la protection des citoyens contre des menaces meurtrières de ceux qui veulent déstabiliser l'ordre de nos sociétés et la protection de nos valeurs fondamentales s'avère délicat.

Mais le Conseil d'État constate aussi, non sans une certaine inquiétude, que les dernières interventions législatives tant au Grand-Duché de Luxembourg que dans pratiquement tous les États souscrivant à nos valeurs fondamentales communes, semblent faire primer les nécessités de la sécurité de l'État sur celles de la protection des droits fondamentaux.

Le Conseil d'État réitère la considération qu'il avait émise dans avis du 15 juillet 2016 concernant la proposition de révision de l'article 32(4) de la Constitution (doc. parl. n° 6938⁴) formulée comme suit : « Le Conseil d'État a encore des doutes sérieux sur l'efficacité du mécanisme envisagé au regard de la portée des mesures d'exception qui pourront être prises. La proposition de révision donne le signal erroné que les règles traditionnelles de l'État de droit ne suffiraient pas pour maintenir l'ordre public et risquera d'être perçue comme le passage de l'impératif de la sauvegarde des libertés

publiques et des droits fondamentaux à celui du maintien de la sécurité publique. »

Au fil de l'évolution de sa jurisprudence au sujet de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré un certain nombre de critères permettant de tester si les dispositions légales mises en place constituent une ingérence non justifiée dans les droits fondamentaux consacrés par l'article 8 de cette convention¹.

Dans son arrêt du 4 décembre 2015², la Cour européenne des droits de l'homme a effectué un rappel des principes généraux en la matière avant de les appliquer à la situation de l'espèce.

Ainsi la Cour rappelle qu'une ingérence dans les libertés consacrées par l'article 8 ne peut se justifier que si elle est prévue par la loi, vise un ou plusieurs des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 et est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ce ou ces buts.

Elle souligne à nouveau que pour elle les termes « prévue par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. Il en résulte que la loi doit satisfaire à des exigences de qualité : elle doit être accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets.

En matière de surveillance secrète, la Cour exige que la loi permettant les ingérences soit rédigée avec suffisamment de clarté pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre des mesures secrètes.

Par ailleurs, la loi doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.

La Cour énonce les garanties minimales suivantes dans sa jurisprudence³ qui doivent être couvertes par des dispositions légales :

- la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception,
- la définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute, la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure,
- la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données recueillies,
- les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties,
- les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la

¹ L'article 8 CEDH: 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

² Arrêt Roman Zakharov c/ Russie, points 227 et suivants.

³ Arrêt Roman Zakharov c/ Russie, point 231.

destruction des enregistrements.

La Cour rappelle qu'elle « doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et effectives contre les abus car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre ... La Cour doit rechercher si les procédures de contrôle du déclenchement et de la mise en œuvre de mesures restrictives sont de nature à circonscrire « l'ingérence » à ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ».⁴

Constatant que l'examen et le contrôle des mesures de surveillance secrète peuvent intervenir à trois stades (lorsqu'on ordonne la surveillance, pendant qu'elle est menée ou après qu'elle a cessé), la Cour relève qu'en matière de surveillance secrète, la nature et la logique de la mesure commandent que les contrôles, au moment où l'on ordonne et exécute la mesure, soient effectués à l'insu de celui qui en fait l'objet. « Puisque l'on empêchera donc forcément l'intéressé d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque, il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en elles-mêmes des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu. »

Elle en vient à la conclusion qu'au stade de l'ordre et de l'exécution des mesures « en un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société toute entière, il est en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge, car le pouvoir judiciaire offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière »⁵.

Quant au contrôle lorsque la surveillance a cessé, la Cour souligne que la notification *a posteriori* de la mesure à celui qui en a fait l'objet est nécessaire pour garantir un recours judiciaire effectif, c'est-à-dire pour assurer une garantie effective contre les abus de pouvoir de surveillance.

Des critères identiques ont été adoptés par la Cour de justice de l'Union européenne plus particulièrement dans les arrêts *Digital Rights Ireland* et autres, (affaires jointes C-293/12 et C-594/12 [ECLI:EU:C:2014:238] et *Schrems*, affaire C-362/14 [ECLI:EU:C:2015:650]).

Les principes élaborés plus particulièrement dans le cadre de l'arrêt *Digital Rights* viennent d'être confirmés dans un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 décembre 2016 (affaires jointes C-2013/15 et C-698/15 [ECLI:EU:C:2016:970]).

Les auteurs estiment, par ailleurs, que les mesures qu'ils entendent introduire sont devenues standard dans les États limitrophes du Luxembourg.

Si tel est bien le cas, il convient cependant de relever que les mesures prévues par le législateur ont fait l'objet de vérifications par les juridictions compétentes.

⁴ Arrêt *Roman Zakharov c/ Russie*, point 232.

⁵ Arrêt *Roman Zakharov c/ Russie*, point 233.

Ainsi le Conseil d'État renvoie à une décision de principe de la « *Bundesverfassungsgericht* » du 20 avril 2016. La cour constitutionnelle avait été saisie d'un recours de certains demandeurs tels qu'avocats, politiciens, psychologues et militants des droits de l'homme contre les dispositions de la « *Bundeskriminalamtgesetz* » introduisant en droit allemand des dispositions permettant des ingérences dans les libertés des citoyens similaires à celles prévues dans le projet de loi sous avis.

La cour constitutionnelle fédérale allemande⁶ a élaboré un certain nombre de critères pour permettre la conformité de ces mesures avec la constitution allemande.

Les juges constitutionnels fédéraux réitèrent dans leur arrêt du 20 avril 2016 leur position au sujet du « *Kernbereich privater Lebensgestaltung* ». Au point 120° de l'arrêt, les magistrats de la cour constitutionnelle fédérale allemande tiennent les propos suivants : « *Der verfassungsrechtliche Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet dem Individuum einen Bereich höchstpersönlicher Privatheit gegenüber Überwachung. Er wurzelt in den von den jeweiligen Überwachungsmaßnahmen betroffenen Grundrechten in Verbindung mit Art.1 Abs 1 GG und sichert einem dem Staat nicht verfügbaren Menschenwürdekern grundrechtlichen Schutzes gegenüber solchen Maßnahmen. Selbst überragende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen* ».

Le Conseil d'État constate que, dans la deuxième série d'amendements lui soumis en date du 8 décembre 2016, les auteurs du

⁶ Ainsi il résulte des « *Leitsätze* » relatifs à la décision du 20 avril 2016, qu'après avoir retenu que les mesures aux fins de lutte contre le terrorisme international étaient en soi compatibles avec la Constitution de la République fédérale à condition de remplir les conditions suivantes :

« 1. b) Die Ausgestaltung solcher Befugnisse muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Befugnisse, die tief in das Privatleben hineinreichen, müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein, setzen voraus, dass eine Gefährdung dieser Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar ist, dürfen sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte aus dem Umfeld der Zielperson erstrecken, verlangen überwiegend besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie einen Schutz von Berufsgeheimnisträgern, unterliegen Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle und müssen mit Löschungspflichten bezüglich der erhobenen Daten flankiert sein.

2. Anforderungen an die Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung.

a) Die Reichweite der Zweckbindung richtet sich nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung; die Datenerhebung bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren.

b) Der Gesetzgeber kann eine Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus im Rahmen der ursprünglichen Zwecke dieser Daten erlauben (weitere Nutzung). Dies setzt voraus, dass es sich um eine Verwendung der Daten durch dieselbe Behörde zur Wahrnehmung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter handelt. Für Daten aus Wohnraumüberwachungen oder einem Zugriff auf informationstechnische Systeme müssen zusätzlich für jede weitere Nutzung auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sein.

c) Der Gesetzgeber kann darüber hinaus eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung).

Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine solche Zweckänderung orientieren sich am Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung. Danach muss die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dienen, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Eine konkretisierte Gefahrenlage wie bei der Datenerhebung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erneut zu verlangen; erforderlich aber auch ausreichend ist in der Regel das Vorliegen eines konkreten Ermittlungsansatzes.

Für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen darf die Verwendung zu einem geänderten Zweck allerdings nur erlaubt werden, wenn auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sind. »

projet de loi ont prévu une disposition tendant à protéger le « *Kernbereich* » de sorte que les auteurs ne sont pas restés insensibles aux remarques formulées à cet égard et par la CNPD et par la Commission consultative des droits de l'homme, tout en restant fort discrets quant à l'envergure de la protection du « *Kernbereich privater Lebensgestaltung* » qu'ils proposent de prévoir.

Dans une décision du 19 février 2016 (décision n° 2016-536 QPC), le conseil constitutionnel français a déclaré non conformes à la constitution les dispositions de l'article 11, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, deuxième phrase, de la loi modifiée du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence permettant à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder lors d'une perquisition administrative. Le conseil constitutionnel a considéré que « cette mesure est assimilable à une saisie ; que ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée ; qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition ; que ce faisant, le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée... ».

Saisie d'une demande en annulation de certaines dispositions de la loi du 30 juillet 2013 portant modification des articles 2, 126 et 145 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article 90^{decies} du code d'instruction criminelle belge, la cour constitutionnelle belge a annulé la loi du 30 juillet 2013 dans un arrêt du 11 juin 2015⁷.

L'article 5 de la loi attaquée visait à modifier l'article 126 du code d'instruction criminelle belge en imposant l'obligation aux fournisseurs au public de services de téléphonie fixe et mobile, d'accès à internet, de courrier électronique par internet et de téléphonie par internet de conserver les données d'identification des utilisateurs finaux du service de communications électroniques utilisé et les données d'identification de l'équipement terminal qui est présumé avoir été utilisé.

Bien que cet arrêt ne soit pas immédiatement transposable aux textes proposés par le projet de loi sous avis, et plus particulièrement à l'article 48-27 du Code d'instruction criminelle en projet, le Conseil d'État tient cependant à signaler l'arrêt en question, alors qu'il a raisonné par adoption des motifs de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Digital Rights pour estimer qu'au regard de l'article 5 de la loi belge attaquée, le législateur a excédé les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité au regard des articles 7, 8 et 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le Conseil d'État analysera les dispositions proposées dans le cadre du projet de loi sous avis à l'aune des principes évoqués ci-avant.

Finalement, le Conseil d'État regrette ne pas avoir à disposition les

⁷ Arrêt n° 84/2015, numéros du rôle : 5856 et 5859.

avis des Conseils des ordres des avocats des barreaux de Luxembourg et de Diekirch au sujet du projet de loi sous avis, alors que le projet de loi permet des intrusions dans les droits des personnes et dans le secret professionnel des avocats dans leurs relations avec leurs mandants.

Examen des articles

Article 1^{er}

Point 1

Les auteurs du projet de loi sous avis entendent modifier l'article 39, paragraphe 1^{er}, en permettant au juge d'instruction de prolonger le délai de « garde à vue », qui est de vingt-quatre heures, d'une deuxième période de vingt-quatre heures maximum. Le juge d'instruction ne pourra prendre cette décision que dans le cadre de l'enquête de flagrance et seulement si l'enquête de flagrance concerne des crimes et délits contre la sûreté de l'État au sens des articles 101 à 123 du Code pénal et des actes de terrorisme et de financement du terrorisme au sens des articles 135-1 à 135-6, 135-9 et 135-11 à 135-16 du Code pénal.

À titre de remarque préliminaire, le Conseil d'État se doit de constater que le texte de l'article 39, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, qui lui est actuellement soumis, est celui qui résulte des modifications apportées à l'article 39, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, actuel par le projet de loi renforçant les garanties procédurales en matière pénale⁸ (dossier parl. n° 6758). La modification porte en fait sur l'intégration de l'article 39, paragraphe 2, dans le libellé du paragraphe 1^{er} et la renumérotation des paragraphes suivants.

Afin d'éviter des discordances entre les deux projets de loi, il conviendrait, au sens du Conseil d'État, de regrouper les modifications à apporter à l'article 39 dans un seul projet de loi.

Par les modifications proposées, les auteurs veulent mettre à la disposition des enquêteurs « une soupape de sécurité » pour leur permettre d'élucider les circonstances du crime ou délit, rassembler les preuves pesant contre la personne retenue et scrupuleusement transcrire leurs démarches par écrit dans un procès-verbal qui constituera la pierre angulaire de l'action publique, une tâche qui peut s'avérer, selon les auteurs, être un défi insurmontable dans le cadre d'enquêtes de grande envergure.

⁸ Projet de loi renforçant les garanties procédurales en matière pénale portant : - transposition de la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales ; - transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; - transposition de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ; - transposition de la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité ; - changement de l'intitulé du Code d'instruction criminelle en « Code de procédure pénale » ; - modification : - du Code de procédure pénale ; - du Code pénal ; - de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés ; - de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ; - de la loi modifiée du 20 juin 2001 sur l'extradition ; - de la loi modifiée du 17 mars 2004 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres de l'Union européenne.

Le texte soumis à l'avis du Conseil d'État est directement inspiré de l'article 15*bis* de la loi modifiée du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, tel qu'il est actuellement en vigueur en Belgique.

Le Conseil d'État constate cependant que, alors que le texte belge s'applique à tous crimes et délits, les auteurs ont choisi de limiter l'extension du délai de rétention aux seules infractions mentionnées ci-avant.

Conscients de ce qu'une telle extension est problématique au regard de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les auteurs renvoient à un arrêt de la cour constitutionnelle belge du 22 décembre 2011⁹, saisie d'un recours critiquant l'article 15*bis* de la loi belge mentionnée ci-avant pour violation de l'article 12 de la constitution belge, identique en sa teneur à l'article 12 de la Constitution luxembourgeoise, et l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans son arrêt, la cour constitutionnelle belge retient qu'il n'y a ni violation de l'article 5 de la Convention ni violation de l'article 12 de la constitution belge en s'exprimant ainsi : « Compte tenu des conditions strictement définies de l'application de l'ordonnance de prolongation ainsi que du court et unique délai de prolongation, à l'issue duquel l'inculpé est le cas échéant, encore entendu par le juge d'instruction, le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées ».

Le texte sous avis ne donne pas lieu à des observations à ce niveau. En effet, au vu de l'intervention du juge d'instruction qui doit ordonner la prolongation de la détention à l'issue du premier délai de vingt-quatre heures, la disposition prévue n'est pas en porte-à-faux avec l'article 12 de la Constitution.

Le Conseil d'État note que, dans la deuxième série des amendements lui communiqués en date du 8 décembre 2016, les auteurs entendent supprimer le dernier alinéa de l'article 39, paragraphe 1^{er}, du Code d'instruction criminelle qui figurait dans le texte initialement proposé et qui prévoyait que dans la nouvelle période de vingt-quatre heures de rétention, la personne retenue avait le droit de se concerter avec son avocat pendant une période de trente minutes.

Les auteurs expliquent cette décision par le fait que, dans le cadre du projet de loi n° 6758 renforçant les garanties procédurales en matière pénale, ils ont proposé d'insérer un nouvel article 3-6 au Code d'instruction criminelle, texte transversal garantissant l'accès à l'avocat dans toutes les hypothèses y prévues.

Au vu des explications fournies par les auteurs, le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler à l'égard de ce texte.

⁹ Arrêt n° 201/2011 du 22 décembre 2011.

Point 2

Ce point du projet de loi sous examen vise l'introduction d'un Chapitre XI dans le Livre I^{er}, Titre II, du Code d'instruction criminelle.

Le seul article de ce nouveau chapitre sera l'article 48-26 du Code d'instruction criminelle qui règle l'enquête sous pseudonyme, encore appelée « cyber-infiltration ». Il s'agit d'une technique qui permet de participer sous un pseudonyme à des échanges électroniques et d'être en contact avec des personnes susceptibles d'être les auteurs des infractions visées par l'article en question et de recueillir ainsi des informations. Il est encore prévu que cette technique ne pourra pas être utilisée comme moyen de provocation.

Elle est circonscrite aux infractions contre la sûreté de l'État et aux actes de terrorisme et de financement de terrorisme.

Les auteurs se sont inspirés du texte de l'article 706-87-1 du code de procédure pénale français, le texte proposé en constituant une copie quasiment fidèle.

Il s'agit d'une mesure d'enquête de flagrance ou préliminaire qui n'est pas à disposition du juge d'instruction chargé de l'investigation sur des infractions déjà commises.

Dans son avis du 24 février 2016 au sujet du projet de loi sous avis la CNPD a relevé que : « Ces mesures permettraient en conséquence aux officiers de police judiciaire de s'intégrer dans les communautés virtuelles et ainsi recueillir de nombreuses informations sur des personnes présumées être les auteurs des infractions sur lesquelles porte l'enquête. Mais pourront être recueillies aussi les données relatives à toutes les personnes avec lesquelles une personne visée pourra être en contact. Ainsi lorsqu'un officier de police judiciaire s'inscrit dans un forum de discussion, il pourra consulter les données à caractère personnel de chaque utilisateur du forum. »

Par ailleurs, comme le relève, à juste titre, la CNPD, la consultation de données est considérée comme un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2, point r^o, de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de l'article 3, point 1^o de la directive 2016/680/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

Il est vrai que, dans la seconde série d'amendements soumis au Conseil d'État en date du 8 décembre 2016, les auteurs ont repris des suggestions de la CNPD en ajoutant un paragraphe 3 au texte, lequel dispose que l'enquête sous pseudonyme fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant procédé à l'enquête, ce rapport ne pouvant comprendre que les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions. Le texte proposé par les auteurs au titre de ce

paragraphe nouveau est directement inspiré de l'article 48-17, paragraphe 5, du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'État se doit de relever que, dans le cadre d'une « cyber-infiltration » le cercle des personnes touchées est potentiellement plus large que dans le cadre de l'infiltration au sens de l'article 48-17 du Code d'instruction criminelle et qu'aucune mesure de protection n'est prévue dans le texte sous avis au sujet de la protection des données recueillies sur des personnes qui ne sont suspectées d'aucune infraction et avec lesquelles l'enquêteur a pu avoir des contacts. En effet, le fait que le procès-verbal ne contienne que ce qui est strictement nécessaire à la constatation des infractions, est insuffisant alors que le texte est muet en ce qui concerne le traitement et la destruction des données qui ne sont justement pas nécessaires à la constatation des infractions, ainsi que le traitement des données et leur conservation pour les besoins du procès pénal ultérieur. Qui va, par ailleurs, décider ce qui est nécessaire à la constatation des infractions ? En effet, des éléments considérés non nécessaires pour la constatation des infractions peuvent s'avérer utiles ultérieurement au cours du procès pénal pour assurer la sauvegarde des droits de la défense.

Le Conseil d'État constate encore que, dans la deuxième série d'amendements gouvernementaux du 8 décembre 2016, les auteurs se rapprochent du libellé de l'article 706-87-1 du code de procédure pénale français en prévoyant que l'infiltration ne pourra se faire que par des officiers de police judiciaire spécialement habilités à cette fin par le procureur général d'État, agissant au cours de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire ou sur commission rogatoire du juge d'instruction.

Les auteurs de l'amendement expliquent cette précision par le souci de permettre une « cyber-infiltration » à d'autres officiers de police judiciaire que ceux qui relèvent exclusivement de la Police grand-ducale.

La « cyber-infiltration » étant un moyen intrusif d'enquête qu'il faut strictement encadrer, le Conseil d'État ne saurait marquer son accord avec l'extension du cercle des officiers de police judiciaire au-delà de ceux restrictivement énumérés à l'article 10 du code d'instruction criminelle.

Par ailleurs, le Conseil d'État ressent de grandes difficultés par rapport aux termes « susceptible d'être les auteurs », figurant au paragraphe 1^{er}, point 2), de l'article sous avis en ce qu'il lui semble comporter un élément d'appréciation subjectif trop important.

En l'état actuel, le texte proposé ne satisfait pas aux exigences imposées par la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ¹⁰ en ce qu'il ne prévoit ni que la mesure soit ordonnée par un juge, ni de façon précise et objective les personnes visées par la mesure et dont les données peuvent être extraites, ni la durée de la mesure, ni de manière satisfaisante la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données, ni les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des

¹⁰ Voir notamment l'arrêt Zakharov c/ Russie précité.

enregistrements et si oui ou non une information de la personne surveillée aura lieu et pourquoi cette information est exclue.

Dès lors, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au libellé du texte actuellement proposé.

Au vu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur le fait que l'article 48-17 du Code d'instruction criminelle risque, de son côté, de ne pas être considéré comme conforme à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'interprété par l'arrêt Zakharov. En conséquence, le Conseil d'État suggère aux auteurs de réfléchir à une modification de ce texte.

Ce n'est qu'à titre subsidiaire que le Conseil d'État rend attentif à une erreur se trouvant dans le texte sous avis à l'article 48-26, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}. En effet, il est prévu que les officiers de police judiciaire pourront « sans que ceci ne constitue une infraction au sens de l'article 231 du Code pénal, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables ».

Les auteurs ont ici procédé à une confusion entre deux techniques du droit pénal général. Une action, si elle ne constitue pas une infraction, ne rend à l'évidence celui qui l'effectue pas responsable pénalement. Au contraire, celui qui n'est pas pénalement responsable d'un délit est celui qui, bien que l'ayant commis en principe, bénéficie d'une excuse absolutoire au sens de l'article 70 du Code pénal.

Le Conseil d'État conçoit difficilement que l'on puisse admettre que celui qui emprunte un pseudonyme dans des échanges électroniques ne commette pas un délit pénal, alors qu'il a effectué un *iter criminis* complet. Mais il commet cette infraction sur autorisation de la loi et bénéficie donc d'une excuse absolutoire. Il suffit donc, à l'image de l'article 48-19 du Code d'instruction criminelle, de disposer que l'officier de police judiciaire n'est pas pénalement responsable.

Le bout de phrase « sans que ceci ne constitue une infraction au sens de l'article 231 du Code pénal » est donc, en tout état de cause, erroné.

Finalement, le Conseil d'État fait sienne la demande de la CNPD de prévoir dans le texte qu'en aucun cas des identités réellement existantes pourront être utilisées au vu des dangers graves que pourraient encourir les personnes dont l'identité aura été utilisée.

Point 3

Ce point du projet de loi vise à permettre au procureur d'État ou au juge d'instruction et, en cas de nécessité urgente, à tout officier de police judiciaire sur autorisation orale du procureur d'État ou du juge d'instruction, de requérir des opérateurs de télécommunications et des fournisseurs d'un service de télécommunications d'identifier l'abonné ou l'utilisateur habituel de leurs services ou d'identifier les services auxquels une personne est abonnée ou qu'elle utilise habituellement.

Il résulte du libellé du texte sous avis que les mesures prévues ne permettent que la seule identification des abonnés ou des services utilisés

par des personnes visées par l'enquête et non le repérage des données de trafic ou la localisation de l'origine et de la destination des télécommunications.

Dans la mesure où les textes pénaux sont d'interprétation stricte, le Conseil d'État estime que la seule lecture concevable est une lecture restrictive du texte sous avis. Il ne partage dès lors pas les inquiétudes de la CNPD exprimées dans son avis du 24 février 2016, laquelle n'excluait pas une lecture du texte permettant de couvrir les données relatives au trafic des communications et de localisation.

Le Conseil d'État rejoint par contre la CNPD sur son analyse de l'impact des mesures proposées. En effet, dans son avis du 24 février 2016 elle a déclaré ce qui suit : « L'approche choisie par les auteurs du projet de loi lui semble *a priori* respectueuse des droits fondamentaux des individus et proportionnée au but poursuivi, alors que c'est une approche en deux étapes. D'abord, un accès à des données d'identification est rendu possible par le biais de l'article 48-27. Pour des enquêtes plus poussées et détaillées, un accès à des données plus sensibles, à savoir les données de trafic des communications et de localisation, est possible en vertu des articles 5 et 9 de la loi du 30 mai 2005. »

Le Conseil d'État relève au passage une différence entre le texte de l'article 48-27 sous revue qui vise tous les officiers de police judiciaire pouvant solliciter la mesure en cas d'extrême urgence et celui de l'article 10*bis*, paragraphe 4, tel que le projet de loi sous avis propose de l'insérer dans la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, qui mentionne les seuls officiers de police judiciaire visés à l'article 10 du Code d'instruction criminelle comme étant ceux à avoir un accès direct au fichier prévu. Cette différence de libellé dans les deux textes risque de donner lieu à des discussions. Le Conseil d'État renvoie à cet égard aux développements qu'il a effectués à ce sujet dans l'analyse de l'article 48-26 et insiste pour que le libellé plus restrictif prévu à l'article 10*bis*, paragraphe 4, soit repris au nouvel article 48-27.

La CNPD avait encore demandé que l'inobservation des conditions prévues à l'article 48-27, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, sous avis soit prévue sous peine de nullité.

Les auteurs expliquent, dans leur exposé des motifs de la deuxième série d'amendements du 8 décembre 2016, les raisons pour lesquelles ils ne suivent pas la CNPD dans sa suggestion.

Selon les auteurs du projet de loi, dans le système actuel du Code d'instruction criminelle, toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle seraient prévues sous peine de nullité, sauf quelques exceptions jurisprudentielles et que ces nullités pourraient être invoquées sur base des articles 48-2 et 126 du Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'État ne peut que partiellement suivre les auteurs dans leurs développements. Le droit luxembourgeois connaît bien les nullités expressément prévues dans les textes, c'est-à-dire les nullités formelles. À titre d'exemple on peut citer les dispositions de l'article 81 du Code d'instruction criminelle, dont certaines sont prévues sous peine de nullité

(article 81, paragraphe 12). Existent, par ailleurs, des nullités qui, bien que non formellement prévues, sont souvent invoquées, comme notamment celles découlant de la violation des droits de la défense. Comme il n'y a pas de texte spécifique qui prévoit ces nullités ou les définit, et les jurisprudences étant susceptibles d'évoluer, il y a donc toujours le risque qu'une nullité invoquée soit acceptée par un juge et non par un autre juge et que dans le temps aussi la notion évolue.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État demande avec insistance que les conditions de forme et de fond soient sanctionnées d'une nullité formellement prévue dans le texte.

Point 4

Par ce point les auteurs entendent modifier l'article 65 du Code d'instruction criminelle. En fait, ils reprennent le libellé actuel de cet article avec comme seule innovation, au paragraphe 3, la possibilité dans le cadre de l'instruction préparatoire des seuls crimes et délits contre la sûreté de l'État et les actes de terrorisme et de financement de terrorisme, de pouvoir effectuer des perquisitions avant six heures et demie et après vingt heures.

Les auteurs indiquent avoir déjà prévu une extension dans le cadre du projet de loi n° 6758 renforçant les garanties procédurales en matière pénale pour permettre une perquisition après vingt heures et jusqu'à vingt-quatre heures. Selon les auteurs et au vu de l'évolution de la criminalité, il doit être possible d'effectuer une perquisition à toute heure de la journée.

Le Conseil d'État se doit de souligner à quel point il est important que le projet de loi sous avis et le projet de loi n° 6758, qui n'est pas encore adopté, soient concordants. À cet effet, il propose d'exclure la modification de l'article 65 du Code d'instruction criminelle du projet de loi n° 6758 pour l'inclure dans le projet de loi sous avis, où il a mieux sa place que dans un projet visant le renforcement des garanties procédurales auquel la mesure proposée ne participe certainement pas.

Point 5

Ce point du projet de loi concerne les modifications des articles figurant au Livre I^{er}, Titre III, sous la section VIII « Des mesures spéciales de surveillance ».

Les articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle sont ainsi respectivement modifiés et réintroduits.

Les auteurs expliquent ces ajustements par le caractère discret des articles 88-1 et suivants du Code d'instruction criminelle sur ce type de mesure qui leur semble difficilement conciliable avec les exigences de la sécurité juridique et celles de clarté et de précision exigées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Aussi entendent-ils préciser les mesures et déclarent s'être à cet effet inspirés du droit belge, mais surtout des articles 706-96, 706-102-1 et 706-102-5 du code de procédure pénale français.

À l'analyse des textes français, le Conseil d'État constate cependant qu'il y a des différences notables, en ce que les auteurs ne se sont pas totalement ralliés à l'ensemble du dispositif législatif français en la matière, mais ont omis de reprendre certains points importants. Ils ne se sont pas exprimés dans le commentaire des articles sur les raisons qui les ont amenés à se départir des textes français.

Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir sur ces différences.

En fait, le juge d'instruction pourra, selon les nouveaux textes, ordonner l'utilisation de moyens techniques de surveillance et de contrôle de toutes les formes de communication. Ces mesures porteront soit sur la surveillance et le contrôle des télécommunications ou de la correspondance postale. Il s'agit donc plus particulièrement des écoutes téléphoniques destinées à intercepter et enregistrer les entretiens téléphoniques. Elles viseront encore soit la sonorisation de certains lieux ou véhicules, soit la captation de données informatiques, ces mesures n'étant cependant admissibles que pour certaines infractions limitativement énumérées, à savoir des infractions contre la sécurité de l'État, des actes de terrorisme ou de financement de terrorisme.

Toutes ces mesures sont hautement intrusives dans la vie privée des personnes surveillées, mais aussi dans celle des personnes qui sont en interaction avec ces personnes. Il convient donc d'être particulièrement circonspect et d'entourer ces mesures de conditions protectrices très précises et claires.

Article 88-1

Cet article précise les moyens de surveillance que le juge d'instruction peut ordonner et définit la sonorisation et la captation des données, toutes ces mesures ne pouvant être ordonnées que par le seul juge d'instruction.

Le texte en projet renvoie, pour les conditions à respecter par le juge d'instruction, aux « conditions précisées ci-après ». Cette formulation semble renvoyer à des conditions prévues dans le texte même de l'article 88-1 en projet. Tel n'est cependant pas le cas. Voilà pourquoi le Conseil d'État suggère de prévoir que le juge pourra ordonner les mesures sous les « conditions prévues aux articles 88-2 et 88-4 ».

Le Conseil d'État note que, contrairement au droit français, la mesure de sonorisation ne comprend pas la fixation d'images dans les lieux privés, laquelle serait, selon les auteurs, prévue par l'article 48-13, paragraphe 3, du Code d'instruction criminelle et admissible pour une plus large panoplie d'infractions que la sonorisation, admise dans les seuls cas de crimes ou délits contre la sûreté de l'État et de terrorisme ou de financement de terrorisme.

Le Conseil d'État tient à signaler qu'il ne partage pas l'analyse des auteurs sur la portée de l'article 48-13, paragraphe 3, du Code d'instruction criminelle.

En effet, il ne découle ni du projet de loi qui a mené à l'actuel article 48-13, ni de son origine, à savoir l'article 56*bis* du code d'instruction criminelle belge, que l'observation consistant à utiliser les moyens

techniques ayant une vue dans un domicile soit équivalente au placement d'un dispositif enregistreur d'images à l'intérieur du domicile lui-même, mais vise plutôt le placement d'un dispositif technique permettant, de l'extérieur, une vue sur l'intérieur d'un domicile ou d'un lieu assimilé. Le Conseil d'État en veut pour preuve que ni la loi luxembourgeoise ni la loi belge ne prévoient une base légale pour permettre une entrée dans un domicile en vue du placement d'un tel dispositif.

Il en résulte qu'en l'état actuel de la législation luxembourgeoise, la mise en place d'un système de fixation d'images à l'intérieur d'un domicile et la fixation proprement dite n'ont pas de base légale. Les auteurs peuvent utilement mettre à profit la loi en projet pour remédier aux lacunes dont est entaché le dispositif législatif actuel. Il renvoie à cet égard à la loi du 5 juillet 2016 portant réorganisation du Service de renseignement de l'État.

Le Conseil d'État déduit du libellé du texte en projet, que la sonorisation des lieux ne pourra dès lors pas se faire par l'installation de caméras audiovisuelles à l'intérieur des locaux.

Or, dans la définition de la notion de captation de données informatiques au paragraphe 3, sont comprises celles qui sont reçues et émises par des périphériques audiovisuels.

Lorsque l'on sait que quasiment tous les ordinateurs modernes, qu'ils soient fixes ou portables, la plupart des téléphones portables, les tablettes et même certains téléviseurs sont munis de caméras, la surveillance par l'enregistrement simultané du son et de l'image est techniquement parfaitement possible.

Finalement, le Conseil d'État a pu se rendre compte, à la lecture de l'avis de la CNPD, de la fragilité des preuves qui peuvent être recueillies par la voie de la captation des données informatiques, sachant qu'elles sont susceptibles d'être manipulées par de nombreux procédés et détectables par des moyens techniques. Leur utilité dans un procès pénal reste dès lors à être établie, étant entendu que la charge de la preuve quant à la validité de la preuve incombe au ministère public.

Au vu de ce manque de précision dans le texte de l'article sous avis, le Conseil d'État estime que le libellé de ce texte n'est pas rédigé avec la clarté requise pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions, la puissance publique est habilitée à prendre la mesure secrète prévue. En conséquence, il y a violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Conseil d'État doit ainsi s'opposer formellement au texte actuellement proposé de l'article 88-1 en projet.

Article 88-2

L'article sous avis délimite le cadre dans lequel le juge d'instruction peut ordonner une des mesures prévues par l'article 88-1.

La durée des mesures est bien limitée dans le temps au paragraphe 3 de l'article sous avis : elle est renouvelable d'un mois par ordonnance motivée du juge d'instruction approuvée par le président de la chambre de conseil de la Cour d'appel, sans pouvoir dépasser un an. Par cette

disposition, prévue au paragraphe 3 de l'article sous avis, les auteurs se départissent du droit français qui prévoit une durée maximale de quatre mois renouvelable une fois. Ils ne se sont pas autrement exprimés sur les raisons d'être de cette approche différente.

Le Conseil d'État estime cependant que, dans la mesure où le contrôle juridictionnel est assuré à intervalles assez proches en cas de prolongation, la disposition est suffisante au regard de la protection de la vie privée et du secret de la correspondance.

L'article sous avis prévoit en son paragraphe 5 que les mesures de mise sur écoute des entretiens téléphoniques, de sonorisation des lieux et de captation des données ne sauraient être ordonnées contre une personne liée au secret professionnel, à moins qu'elle ne soit elle-même suspectée d'avoir commis l'infraction ou d'y avoir participé.

Le texte tel que proposé permet l'écoute des conversations, la sonorisation des lieux et la captation de données chez l'avocat sans aucune distinction selon qu'il converse avec une personne suspectée comme lui de préparer un acte de terrorisme ou de financement de terrorisme ou avec toute autre personne non impliquée.

Le Conseil d'État est conscient du fait qu'il s'agit d'un texte qui figure déjà à l'article 88-1, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle actuellement en vigueur au sujet des écoutes téléphoniques.

Pourtant, et dans la mesure où la sonorisation et la captation des données informatiques à l'intérieur de lieux ou de véhicules privés vient s'ajouter au dispositif législatif prévu, il s'opère une modification majeure en matière d'intrusion dans les droits.

À cet égard, le Conseil d'État se doit de rappeler que l'article 35 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat prévoit que le lieu de travail et le secret des communications, par quelque moyen que ce soit, entre l'avocat et son client, sont inviolables et que des mesures d'instruction criminelle ne sauraient être effectuées qu'en présence du bâtonnier ou de son représentant ou de ceux-ci dûment appelés.

Or, le Conseil d'État a cru comprendre que toutes les mesures prévues, écoutes, sonorisation et captation de données informatiques se feront de manière automatique et par des moyens d'enregistrement ne nécessitant pas la présence continue d'un officier de police judiciaire. Pour les avocats, la présence du bâtonnier est donc illusoire et l'enregistrement se fait sans la garantie de la présence du bâtonnier ou de son représentant.

Le secret professionnel n'est à l'évidence pas un moyen pour protéger la personne qui y est soumise. L'avocat, le médecin ou toute autre personne soumise au secret professionnel est un justiciable comme les autres et il aura à respecter la loi comme tout citoyen.

Mais le secret professionnel est imposé à ces personnes parce qu'elles sont les confidentes nécessaires des personnes qui les consultent.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu à s'exprimer au sujet de la protection renforcée des échanges entre avocats et leurs clients dans un

arrêt du 6 décembre 2012¹¹ « [la protection] se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeurent confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout accusé de ne pas contribuer à sa propre accusation ».

D'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme vient dans un arrêt rendu en date du 20 décembre 2016¹² de réaffirmer qu'une perquisition dans une étude d'avocats était légale si elle était effectuée en présence d'un représentant nommé par la personne chez laquelle la perquisition a eu lieu, laquelle pouvait s'opposer à la saisie de tout matériel susceptible d'être sujet au secret professionnel de l'avocat.

Le même raisonnement vaut pour les médecins, qui doivent pouvoir garantir la confidentialité nécessaire à leur patient, afin d'obtenir de la part de ce dernier toutes les informations pour tenter de le guérir, y compris celles que le patient est le plus réticent à donner.

Le législateur français était parfaitement conscient du problème puisque, aux articles 706-96¹³ et 706-102-5, alinéa 3, du code de procédure pénal, il prévoit spécifiquement que les systèmes de sonorisation des lieux et d'intrusion dans les systèmes informatiques ne peuvent pas être installés dans les bureaux, domicile et voitures d'avocats, de médecins et de journalistes.

Les auteurs n'ont pas repris ces dispositions importantes du droit français sans s'en expliquer, du moins pas en ce qui concerne les avocats et les médecins.

Au vu des graves problèmes que posent ces mesures au niveau d'un principe aussi élémentaire dans nos sociétés démocratiques que le secret professionnel, le Conseil d'État exige que des dispositions identiques à celles prévues aux articles 706-96 et 706-102-5, alinéa 3 du code de procédure pénale français soient reprises dans les textes sous avis pour les avocats et les médecins.

Le Conseil d'État donne à considérer dans ce contexte, même si le texte actuellement proposé correspond au libellé de l'article 88-1, alinéa 4 en vigueur, que le seul renvoi à l'article 458 du Code pénal n'est pas suffisamment précis. L'ancien texte belge ayant été le modèle du texte luxembourgeois précisait que la mesure ne pouvait avoir lieu à l'encontre d'un avocat ou d'un médecin, ce qui exclut dès lors à la fois les personnes

¹¹ Michaud c/France, requête n° 12323/11, point 118 de l'arrêt ;

¹² Lindstrand Partners c/ Suède, requête n° 18700, point 98° de l'arrêt rédigé en anglais : « *It should further be noted that the proceedings at the applicant law firm was carried out in the presence of a legal representative appointed by the applicant, who monitored the searches conducted in the offices of Mr Jurik and Mr Möller and was able to object to the seizure of any material deemed to be subject to professional secrecy. While nothing was seized at the law firm, the representative did request that the external hard disk drive and the USB memory stick, appropriated at the flat belonging to Draupner, be exempted from the audit on that ground.* »

visées expressément à l'article 458 du Code pénal, mais également celles auxquelles cet article est directement ou indirectement applicable au travers du recours à la notion de confident nécessaire ou en vertu de dispositions législatives spéciales. Une telle clarification serait hautement opportune afin d'assurer une sécurité juridique suffisante cela d'autant plus que les mesures actuellement envisagées sont d'une envergure toute particulière et limitées à des cas de criminalité particulièrement graves.

Aussi le Conseil d'Etat demande-t-il que le paragraphe 5 de l'article 88-2 sous avis soit revu en limitant l'interdiction y prévue aux avocats et médecins et en incorporant une interdiction de sonorisation des lieux de leur consultation et d'une captation de leurs données informatiques.

Cette interdiction est encore capitale au vu des dispositions de l'article 88-2, paragraphe 6, sous avis. Ce paragraphe prévoit, sous peine de nullité, que les mesures ordonnées ne pourront porter que sur les infractions visées dans l'ordonnance du juge d'instruction, mais le fait que les mesures révèlent des infractions autres que celles visées dans ces décisions ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

Les auteurs n'ont pas défini la notion de procédure « incidente », mais le Conseil d'État présume, sur base de l'abondante jurisprudence française rendue en la matière, non citée par les auteurs, qu'il s'agit des procédures pénales initiées à la suite de faits découverts à l'occasion des écoutes, de la sonorisation ou de la captation de données et qui sont différents des faits visés par les ordonnances ordonnant les mesures exécutées.

Cette disposition est conforme, dans sa teneur, au droit commun et plus particulièrement à l'article 23 du Code d'instruction criminelle.

De facto cependant, ce texte revient à annihiler le secret de la consultation des personnes liées par un secret professionnel pourtant capital et nécessaire dans une société démocratique.

Il est vrai que les auteurs ont repris cette disposition au sujet des procédures incidentes du droit français. Mais en droit français la question pour les avocats ou pour les médecins ne se pose pas de la même façon puisque les mesures prévues par les textes sous avis ne peuvent concerner les lieux dans lesquels ils consultent. Le danger que des infractions découvertes incidemment dans le cadre d'une consultation dans l'étude d'un avocat ou le cabinet d'un médecin, soient découvertes ne se pose donc tout simplement pas.

Ce n'est qu'à titre subsidiaire que le Conseil d'État relève une imprécision de texte à l'article 88-2, paragraphe 6. En vertu de ce paragraphe, les mesures ne peuvent, sous peine de nullité, avoir un autre objet « que la recherche et la constatation des infractions. » Or, le juge d'instruction ne recherche ni ne constate des infractions ; il instruit celles qui sont déjà commises. Il faudra donc lire « avoir pour autre objet que l'information sur les infractions visées dans les décisions du juge d'instruction ».

À titre de remarque générale au sujet du texte de l'article 88-2 sous avis, le Conseil d'État constate encore que, sauf au paragraphe 6, aucune

des conditions n'est prévue sous peine de nullité, ce qui rend en fait tout recours illusoire.

Au vu des difficultés relevées dans le texte de l'article sous avis, le Conseil d'État estime qu'il y a violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Conseil d'État doit ainsi s'opposer formellement au texte actuellement proposé de l'article 88-2 en projet.

Article 88-3

Cet article prévoit que le juge d'instruction peut après approbation par le président de la chambre du conseil de la Cour d'appel ordonner l'installation de systèmes de sonorisation dans un domicile ou ses dépendances en ce compris un véhicule et que ces intrusions se font sous son contrôle. Il en va de même de la transmission par un réseau de communications électroniques du dispositif technique visé à l'article 81-1, paragraphe 3, en projet.

La désinstallation doit se faire dans les mêmes conditions.

Le Conseil d'État note que, si le juge d'instruction peut ordonner la mesure, il doit cependant disposer de l'approbation du président de la chambre du conseil de la Cour d'appel pour la mise en place technique. Les auteurs ne se sont pas exprimés sur cette exigence supplémentaire dans le cadre de la mise en place des dispositifs techniques nécessaires à l'exécution de la mesure ordonnée.

Le Conseil d'État demande d'enlever les termes « le cas échéant » précédant le bout de phrase « à l'insu ou sans le consentement... ». En effet cette précision est inutile. Si le propriétaire, le possesseur ou l'occupant donne son accord, l'intrusion se fera de façon totalement licite. Il n'y aura donc plus intrusion secrète et il n'y aura plus, du moins dans le chef de celui chez lequel le système est installé, de violation de la vie privée.

Le Conseil d'État constate encore une différence entre le libellé de l'article 88-1, paragraphe 2, et celui de l'article 88-3 sous avis. Alors que l'article 88-1, paragraphe 2, en projet parle de « lieux ou véhicules privés ou publics », l'article 88-3 vise le véhicule ou le lieu privé qui ne sont pas accessibles au public, le domicile ou ses dépendances au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal.

Il faudra veiller à une stricte concordance entre ces deux textes afin d'éviter des insécurités juridiques, le Conseil d'État estimant que le texte de l'article 88-3 est plus précis que la disposition prévue à l'article 88-1, paragraphe 2.

Le texte sous avis ne prévoit pas non plus que les règles de surveillance et d'installation et de désinstallation soient respectées sous peine de nullité, ce qui est cependant une exigence du Conseil d'État.

Au vu de ce manque de précision dans le texte de l'article sous avis, le Conseil d'État estime que le libellé de ce texte n'est pas rédigé avec la clarté requise pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions, la puissance publique est habilitée à prendre la

mesure secrète prévue. En conséquence, il y a violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Conseil d'État doit ainsi s'opposer formellement au texte actuellement proposé de l'article 88-3 en projet.

Article 88-4

Cet article prévoit un certain nombre de conditions à respecter en ce qui concerne la procédure à suivre une fois les mesures de surveillance décidées et exécutées.

Le paragraphe 1^{er} règle la notification de la mesure ordonnée aux opérateurs et les détails de son exécution, ainsi que la consignation par les opérateurs et finalement les sanctions pénales encourues par les personnes qui refusent le concours aux mesures ordonnées et qui violent le secret professionnel.

Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur la première phrase du paragraphe 1^{er} de l'article sous avis en vertu de laquelle « [l]es décisions par lesquelles le juge d'instruction ou le président de la chambre du conseil de la cour d'appel ordonne la surveillance et le contrôle de télécommunications ainsi que de correspondances confiées à la poste sont notifiées aux opérateurs des postes et télécommunications (...) ». Or, d'après la nouvelle mouture des textes le président de la chambre du conseil de la Cour d'appel n'ordonne pas les mesures, il les approuve seulement en cas de demande de prolongation et il en approuve la mise en place technique. Le texte sous avis est donc à revoir.

Le Conseil d'État note que l'amende minimale est fixée à 100 euros, ce qui porte à croire que l'infraction est à qualifier de contravention et non de délit. Malgré le fait qu'une amende identique est prévue par l'article 67-1 CIC sur le repérage et la localisation de communications, le Conseil d'État se demande si telle était l'intention des auteurs, relevant par ailleurs que l'article 66-5 CIC prévoit une amende de 1.250 à 125.000 euros pour refus de « prêter son concours à l'exécution des ordonnances » rendues sur base des articles 66-2 et 66-3 CIC.

Le paragraphe 2 règle la procédure à suivre par les exécutants des mesures ainsi que par le juge d'instruction, une fois qu'il aura été mis en possession du résultat des mesures d'exécution.

Le Conseil d'État déduit du libellé du texte que, si les correspondances « classiques » (lettres ou autres envois postaux) seront copiées et ajoutées au dossier pénal par le juge d'instruction, ce dernier aura cependant une copie de l'original du support technique des données ou renseignements obtenus par les mesures de sonorisation ou de captation des données informatiques.

Dans ce contexte, le Conseil d'État partage les préoccupations de la CNPD au sujet du traitement de ces supports techniques, alors que ces supports sont facilement manipulables et qu'il faudra donc les assortir de mesures de protection adéquates. Le texte sous avis ne précise pas les règles de conservation et de sécurisation.

Le Conseil d'État est conscient du fait que le paragraphe 2 sous avis est repris de l'article 88-2, alinéa 3 actuel, du Code d'instruction criminelle. Dans la mesure cependant où le régime actuel est étendu à de nouvelles mesures, telles la sonorisation et la captation de données informatiques, les problèmes existant actuellement déjà, sont exacerbés.

En effet, si les correspondances et communications enregistrées sont à considérer comme des éléments tangibles et individualisés et sont donc des éléments d'un dossier *per se*, les données et renseignements obtenus par les autres moyens sont des éléments de fait déliés d'un support fût-il digital, et ne correspondent pas à une pièce unique et facilement identifiable. La question de savoir comment ces renseignements sont conservés et sécurisés se pose donc avec acuité.

Il y a dès lors lieu de revoir le texte actuel pour éliminer toutes les problématiques qui se posent dans ce contexte.

Le texte est encore muet sur le traitement des supports en cas d'expertise ordonnée sur base des articles 87 et 88 du Code d'instruction criminelle. La CNPD a proposé que les auteurs prévoient une disposition inspirée de l'article 163 du code de procédure pénale français, une proposition à laquelle se rallie le Conseil d'État.

Finalement, le texte reste muet sur la procédure de transcription des données enregistrées par écoute téléphonique et par sonorisation ou des données informatiques enregistrées par captation et du contrôle *a posteriori* de ce qui est enregistré. Ce contrôle *a posteriori* s'impose cependant aussi au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, la question de la transcription des données enregistrées par un des moyens d'investigation visés par les textes sous avis et du contrôle *a posteriori* de ces enregistrements se pose dans le contexte des relations qu'une personne surveillée a avec des avocats ou médecins.

Le Conseil d'État rappelle son exigence de prévoir des dispositions identiques à celles prévues en droit français pour la protection des lieux privilégiés. Mais même si les auteurs suivent le Conseil d'État dans sa demande de prévoir des lieux privilégiés, la question des échanges d'un suspect avec des avocats ou médecins effectués à partir du téléphone, du domicile ou de l'ordinateur du suspect n'est pas résolue par les textes sous avis.

Or, la cour de cassation française annule avec constance, les transcriptions d'écoutes téléphoniques entre un avocat, même suspecté d'avoir commis l'infraction ou d'y avoir participé, et son mandant, dans la mesure où cet entretien gravite autour de la seule organisation de la défense du mandant.¹⁴

Il convient donc impérativement de prévoir des mesures de contrôle une fois les enregistrements effectués ainsi qu'une instance qui effectuera ce contrôle. Le Conseil d'État pourrait s'imaginer que ce rôle soit assumé par

¹⁴ Pour la dernière fois, Cass. fr. chambre criminelle, 15 juin 2016, n° 15-86043 ; le moyen doit même être soulevé d'office, Cass. fr. chambre criminelle, 18 janvier 2006, n° 05-86.447 ;

la chambre du conseil de la Cour d'appel dans le cadre de sa mission de contrôle de la régularité de la procédure d'instruction.

Le paragraphe 3 règle le sort des données recueillies par le biais des mesures visées par le projet de loi sous avis.

Les données qui n'ont apporté aucun résultat seront détruites par le juge d'instruction douze mois au plus tard après l'ordonnance de cessation des mesures de surveillance. Cette disposition est reprise de l'article 88-2, alinéa 4 actuel, du Code d'instruction criminelle. Il convient cependant de relever que le texte fait état d'une ordonnance de cessation, laquelle n'est cependant prévue par aucun texte dans le cadre du projet de loi sous avis. Il conviendra de prévoir que les données seront détruites dans un certain délai à partir de la cessation des mesures, lesquelles peuvent cesser simplement par l'effet de l'écoulement du délai qui leur était imparti.

Celles qui, aux yeux du juge d'instruction, peuvent servir dans le cadre de l'enquête seront maintenues au dossier par une ordonnance spécialement motivée à cet effet.

Les données recueillies par les mesures de surveillance visées par les articles sous avis après que l'inculpé a fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu, d'acquiescement ou de condamnation ayant acquis force de chose jugée seront détruites dans le mois de la décision ayant acquis force de chose jugée.

Le Conseil d'État se doit d'attirer l'attention des auteurs sur un problème de concordance des délais : Lorsque les mesures de surveillance et de contrôle ordonnées n'auront donné aucun résultat, les données recueillies seront détruites après un délai de douze mois après la cessation des mesures. De même, la personne surveillée par une des mesures visées par les textes de loi sous avis sera informée dans les douze mois après la cessation desdites mesures du fait qu'elle a fait l'objet d'une telle mesure. En d'autres mots, les données sont détruites au même moment où la personne surveillée est informée. Cette concordance de délais risque de rendre tout recours illusoire et toute demande en dommages et intérêts impossible, puisqu'une fois les données détruites, il ne sera plus possible à la personne surveillée de prouver que les mesures étaient non justifiées ou disproportionnées. Elle n'aura donc plus de moyen pour assumer la charge de la preuve qui lui appartient pourtant.

Il conviendra d'ajuster les deux délais de façon à ce que la personne surveillée puisse, sur base des données recueillies, rencontrer ses obligations de preuve.

Par ailleurs, le Conseil d'État constate que les textes sous avis, repris en grande partie des textes actuellement en vigueur, sont tous rédigés dans une perspective de protection des données personnelles et que des aspects de pur droit pénal ne sont pas pris en compte. Se pose ainsi la question de savoir si les données recueillies par les mesures de surveillance ne doivent pas demeurer dans le dossier pénal en cas d'inculpation de la personne surveillée, mais encore en cas de condamnation du prévenu. Le Conseil d'État renvoie à ses développements effectués à l'endroit de l'article 88-4, paragraphe 5.

La personne condamnée pourra demander une révision de son jugement, si les conditions exigées par l'article 443 du Code d'instruction criminelle sont données. À cet effet, le dossier pénal sur base duquel la condamnation a eu lieu, devra rester dans son intégralité à disposition des instances saisies de la demande en révision. La même argumentation vaut au demeurant pour les décisions de non-lieu, lesquelles permettent la réouverture de l'instruction si des éléments nouveaux venaient à être découverts. En matière de terrorisme, où la découverte dans le cadre d'enquêtes ultérieures de liens ignorés au moment du non-lieu est toujours possible, le maintien du dossier pénal sans destruction semble être particulièrement important.

Aussi le Conseil d'État estime-t-il nécessaire que la question de la mise en balance de ces deux intérêts, à savoir « protection des données personnelles », d'un côté, et « nécessités de droit pénal et de procédure pénale » de l'autre, fasse l'objet d'une réflexion plus approfondie.

Les communications avec les personnes liées par un secret professionnel et qui ne sont pas suspectées d'avoir elles-mêmes commis l'infraction ou d'y avoir participé ne peuvent être utilisées selon le projet de texte sous avis. Le Conseil d'État comprend que sont visées les données recueillies par voie d'enregistrement d'entretiens téléphoniques, de sonorisation des lieux occupés par le suspect ou de surveillance de ses données informatiques, alors que les mesures prévues ne peuvent de toute façon pas être ordonnées à l'encontre d'une personne investie d'un secret professionnel qui n'est pas suspecte.

Le Conseil d'État renvoie à ses développements au sujet de la nécessité d'un contrôle *a posteriori*.

Le paragraphe 4 règle le droit à l'information des personnes visées par les mesures de surveillance. Là où le texte initialement proposé mentionnait que devaient être informées les personnes « dont les communications ont été surveillées », le texte résultant de la deuxième série des amendements prévoit que seront informées les personnes « surveillées par un moyen technique au sens de l'article 88-1, paragraphe 1^{er} ».

Ce libellé de texte impose donc une obligation d'information des seules personnes spécifiquement visées par une mesure de surveillance secrète et non pas celles qui, bien que non visées, ont été *de facto* concernées par leur simple interaction avec la personne visée. Leurs droits ont pareillement été violés et se pose donc la question si elles ne devraient pas elles aussi être informées des mesures.

Dans l'arrêt Zakharov prémentionné, la Cour européenne des droits de l'homme s'est exprimée sur la question dans les termes suivants (point 287) : « Il peut ne pas être possible en pratique d'exiger une notification *a posteriori* dans tous les cas. [...] Une notification *a posteriori* à chaque individu touché par une mesure désormais levée risquerait de compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance ... ».

Dans la suite de son raisonnement la Cour européenne des droits de l'homme mentionne soit « la personne concernée » soit « la personne visée par l'interception ».

Le Conseil d'État en déduit que seule une information de la personne surveillée par un moyen technique au sens de l'article 88-1 (tel que prévu par le texte sous avis), est requise.

Au vu de la position de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard, le texte de l'article 88-4, paragraphe 4, ne donne pas lieu à observation quant au fond. Le Conseil d'État suggère toutefois un libellé différent pour la phrase commençant par : « Toutefois ce délai de douze mois... ». Le Conseil d'État propose de libeller le texte de la façon suivante : « Une prorogation de ce délai de douze mois pourra être décidée si les nécessités de l'instruction l'exigent, lorsque la mesure... ».

L'article 88-4, paragraphe 4, prévoit en son dernier alinéa, le recours à introduire par la personne concernée, une fois qu'elle aura été informée.

Ce recours devra être introduit, sous peine de forclusion, dans les conditions prévues à l'article 126 du Code d'instruction criminelle.

L'article 126 du Code d'instruction criminelle prévoit que la demande doit être produite, sous peine de forclusion, au cours même de l'instruction, dans un délai de cinq jours à partir de la connaissance de l'acte. Le Conseil d'État relève qu'à la suite des amendements parlementaires¹⁵ apportés au projet de loi renforçant les garanties procédurales en matière pénale, il est prévu de porter ce délai à cinq jours ouvrables.

Dans la mesure où l'information de la personne visée par les mesures doit intervenir au cours de l'instruction, l'accès à un tribunal semble, de prime abord, garanti.

Le Conseil d'État rappelle cependant que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment l'arrêt Zakharov, il est important que la loi autorisant des mesures aussi intrusives dans le droit au respect de la vie privée, prévoie un recours judiciaire effectif, c'est-à-dire un recours qui assure une garantie effective contre les abus de pouvoir de surveillance.

Or, le Conseil d'État se demande si un recours en nullité présente une garantie suffisante pour les personnes concernées par une mesure de surveillance qui ne sont pas inculpées par après. En effet, si la nullité des mesures ordonnées est une arme puissante pour la personne inculpée, alors que les données enregistrées ne pourront plus faire partie du dossier pénal, la nullité ne semble être d'aucun effet pratique pour les personnes non inculpées.

Se pose donc la question de savoir si, pour les personnes non inculpées, le recours en nullité prévu constitue un recours effectif.

Les personnes non inculpées pourront envisager une action en responsabilité à l'égard de l'État sur base de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'État et des collectivités publiques.

L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi prévoit que l'État répond de tout

¹⁵ Amendements adoptés par la Commission juridique de la Chambre des députés le 12 janvier 2017 (doc. parl. n° 6758).

dommage causé par le fonctionnement défectueux de ses services, sous réserve de l'autorité de la chose jugée.

La charge de la preuve du fonctionnement défectueux des services de l'État incombe au demandeur. Ce dernier devra donc prouver au juge civil que la décision du juge d'instruction ordonnant la mesure secrète constitue un fonctionnement défectueux du service de la justice.

Or, la Cour d'appel a décidé dans un arrêt du 10 décembre 2009¹⁶ que « dans le cadre d'un litige tendant à engager la responsabilité de l'État à l'occasion de l'exécution d'une perquisition ordonnée par le juge d'instruction, il n'est pas admissible de faire porter le débat sur la question de la légalité, de l'opportunité et de la nécessité de cet acte d'instruction ». Il semble donc que les juridictions civiles refusent d'apprécier la nécessité d'un acte d'instruction. Il en découle que le demandeur, agissant dans le cadre de la loi sur la responsabilité civile de l'État, ne pourra pas prouver devant les instances civiles l'inadéquation de la décision du juge d'instruction. Telle est du moins l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Imprimerie St. Paul c/ État du Luxembourg* ¹⁷(point 31 de l'arrêt). Seule une action en nullité pourrait lui permettre de prouver que l'acte décidé à son encontre était défectueux et dans ce sens l'action en nullité pourra présenter un certain intérêt pour lui.

Le Conseil d'État rappelle que, d'après la jurisprudence, le recours n'est pas ouvert aux personnes ayant bénéficié d'un non-lieu et celles qui n'ont pas été inculpées ou encore aux tiers qui n'ont pris connaissance de l'acte qu'après la fin de la procédure d'instruction. Au regard de la jurisprudence de la chambre du conseil de la Cour d'appel, se pose la question de la conformité de l'ordonnancement juridique luxembourgeois avec le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les auteurs ont choisi de ne plus reprendre le dernier alinéa de l'article 88-1 actuel, relatif au recours que peut former le procureur d'État. Le Conseil d'État se pose à ce sujet la question de savoir si, de ce fait, les auteurs ne créent pas un vide juridique en empêchant tout recours contre la décision de refus du juge d'instruction de procéder à une telle mesure que le procureur d'État juge cependant nécessaire. Le Conseil d'État suggère dès lors de réintroduire cette possibilité de recours.

Le Conseil d'État se demande enfin s'il n'y a pas une contradiction entre l'article 88-4, paragraphe 4, et son paragraphe 5 : en effet le paragraphe 4 parle de la personne surveillée par un moyen technique, qui doit être informée « au cours même de l'instruction et en tout cas au plus tard dans les douze mois qui suivent la cessation de la prédite mesure », alors que le paragraphe 5 prévoit un régime spécial pour l'inculpé. Or, en pratique la personne surveillée deviendra souvent, à un stade ultérieur, une personne inculpée. Faut-il en déduire qu'avant d'être inculpée cette personne devrait déjà être informée de sa surveillance, en application du paragraphe 4, et ce alors que le juge d'instruction est libre de choisir, sous réserve des droits de la défense, le moment auquel il jugera opportun de procéder à une inculpation ? Une telle hypothèse serait en tout cas nuisible à

¹⁶ Arrêt de la Cour d'appel (civil) du 10 décembre 2009 rendu dans l'affaire X Y c. État du Grand-Duché de Luxembourg et Caisse nationale de Santé, Pas. 35, pages 58 et suivantes.

¹⁷ Arrêt du 18 avril 2013, requête n° 26419/10.

la bonne marche de l'instruction.

L'article 88-4, paragraphe 5, sous avis règle le droit d'accès de l'inculpé et de son conseil aux données enregistrées ou captées par le biais d'une des mesures de surveillance en discussion.

Le Conseil d'État estime que ce texte est en contradiction avec les dispositions de l'article 88-4, paragraphe 3. En effet, ce texte prévoit la destruction de données recueillies qui n'ont donné aucun résultat endéans les douze mois après l'ordonnance de cessation des mesures sollicitées et les autres données recueillies, que le juge d'instruction estime pouvoir servir à la continuation de l'enquête, seront maintenues au dossier.

Cette disposition implique que l'inculpé et son défenseur ne pourront pas avoir accès au dossier intégral, mais seulement aux éléments maintenus au dossier par décision motivée du juge d'instruction, les autres données ayant disparu.

Le Conseil d'État estime que cette façon de procéder est hautement problématique eu égard aux droits de la défense. En effet, l'inculpé doit pouvoir avoir accès à toutes les données recueillies, même celles que le juge d'instruction estime être inutiles pour la continuation de son instruction, dans la mesure où il pourra trouver dans ces données des informations qu'il juge utiles ou nécessaires à sa défense. Le Conseil d'État rappelle à cet égard que l'article 90septies du code d'instruction criminelle belge prévoit que : « l'inculpé, le prévenu, la partie civile, la partie civilement responsable et leurs conseils reçoivent, sur simple demande, copie de la totalité de l'enregistrement des communications et télécommunications » dans les conditions et suivant les distinctions y établies. Le Conseil d'État propose de s'inspirer de cette disposition, plus respectueuse des droits de la défense. L'introduction d'une telle disposition imposera cependant une réécriture des dispositions proposées à l'endroit de l'article 88-4, paragraphe 3, que les auteurs entendent introduire.

L'article 88-4, paragraphe 6, sous avis a été ajouté par les auteurs dans le cadre de la deuxième série d'amendements au texte, communiquée en date du 8 décembre 2016.

Il règle le contenu du procès-verbal à dresser dans le cadre de l'exécution des mesures de surveillance ordonnées.

Si le texte en lui-même ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État, ce dernier estime cependant que ces dispositions auraient avantage à être incorporées dans le paragraphe 2 de l'article sous avis.

Au vu du manque de précision dans le texte de l'article sous avis et des autres difficultés y relevées, le Conseil d'État estime que le libellé de ce texte n'est pas rédigé avec la clarté requise pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions, la puissance publique est habilitée à prendre la mesure secrète prévue. En conséquence, il y a violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Conseil d'État doit ainsi s'opposer formellement au texte actuellement proposé de l'article 88-4 en projet.

Article 2

Cet article vise à introduire dans la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques un nouvel article 10*bis*.

L'introduction de cet article 10*bis* a fait l'objet de la première série d'amendements soumise au Conseil d'État par dépêche du 8 août 2016, à la suite des observations de la CNPD au sujet de la réintroduction initialement prévue de l'article 41 dans la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des données à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Dans son avis complémentaire du 26 septembre 2016, la CNPD s'est limitée à formuler quelques observations mineures, déclarant avoir été consultée par le ministère en amont au moment de l'élaboration du texte des amendements.

Cet article crée un fichier centralisé auprès de l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR).

Le Conseil d'État relève que ces dispositions ne devraient pas poser de problème au regard de l'article 108*bis* de la Constitution. Il renvoie à cet égard à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹⁸ en vertu de laquelle « le pouvoir normatif des établissements publics est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et reste réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique, destinées à permettre à celles-ci l'exercice, de façon autonome, d'une mission de régulation sectorielle facilitant la mise en œuvre des normes établies par la loi et, le cas échéant, le règlement grand-ducal ».

Le paragraphe 1^{er} ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Quant au paragraphe 2, le Conseil d'État estime superfétatoire l'alinéa 2 du point b), puisque l'alinéa 1^{er}, de ce paragraphe est suffisamment précis.

La même observation s'impose au sujet du dernier alinéa du paragraphe 2, point c).

Il pourra donc être fait abstraction de ces deux dispositions.

Le paragraphe 3 de l'article sous avis prévoit que l'ILR peut prononcer des sanctions administratives dans le cadre de l'article 83 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communication. Au regard de l'observation qu'il a faite concernant le paragraphe 2, points b), alinéa 2, et c), dernier alinéa, le Conseil d'État propose d'omettre la référence au règlement de l'ILR.

Le paragraphe 4 définit les personnes ou entités ayant accès au fichier créé au paragraphe 1^{er} de l'article sous avis.

¹⁸ Arrêts de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2013 (n^{os} 76/13 à 96/13)

Dans son avis du 24 février 2016, la CNPD a demandé que les services de secours ne soient pas mentionnés parmi les personnes ou entités ayant accès au fichier créé par le paragraphe 1^{er}, en soulignant que les services de secours d'urgence ont déjà accès aux données nécessaires par le biais de l'article 7, paragraphe 5, point a), de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

L'accès des services de secours étant maintenu par les auteurs dans l'article 10*bis* sous avis, le CNPD a maintenu son observation dans son avis complémentaire du 26 septembre 2016.

Le Conseil d'État fait sienne la remarque de la CNPD quant au maintien des services de secours dans l'énumération des personnes ou entités ayant accès au fichier prévu. Les paragraphes 5 à 8 ne donnent pas lieu à observation.

Le Conseil d'État demande cependant qu'il soit tenu compte de la terminologie qui sera d'usage une fois le projet de loi portant organisation de la sécurité civile et création d'un Corps grand-ducal d'incendie et de secours¹⁹ aura été adopté.

Article 3

Le Conseil d'État relève que l'alinéa 1^{er} de cet article est sans portée normative réelle, étant donné que l'obligation qu'il introduit demeure sans sanction.

Article 4

Le point 1) vise à compléter la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques en ajoutant à l'article 73 un nouveau paragraphe 3.

Le Conseil d'État fait siennes les observations de la CNPD et demande que le terme « luxembourgeoises » soit ajouté derrière les mots « ressources de numérotation » pour mettre le texte en projet en phase avec celui de l'article 10*bis* en projet et assurer une harmonisation de la terminologie entre le projet de loi sous avis et le projet de loi n° 7052²⁰.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Il y a lieu d'indiquer avec précision les modifications ponctuelles qui sont opérées aux textes existants, car le remplacement intégral d'un libellé où seulement une référence ou quelques termes sont modifiés pourrait amener le lecteur à supposer que la modification est plus importante qu'elle ne l'est en réalité.

¹⁹ Doc. parl. n° 6861

²⁰ Projet de loi portant modification de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communication électroniques

À travers le dispositif, il convient d'écrire « Police grand-ducale » avec une lettre initiale « P » majuscule et « procureur général d'État » avec des lettres initiales « p » et « g » minuscules.

Lorsqu'il est fait référence à une subdivision dans un texte, il faut indiquer les parties dans lesquelles cette subdivision est incluse en commençant par celle qui est la plus grande. À titre d'exemple, il faudrait ainsi écrire à la phrase introductive de la modification proposée à l'article 1^{er}, point 2), du projet de loi, qu'« Au Livre I^{er}, Titre II du Code d'instruction criminelle est inséré à la suite du Chapitre X, un Chapitre XI nouveau, libellé comme suit (...) » en mettant, par ailleurs, une première lettre majuscule aux termes de « Livre », « Titre » et « Chapitre ».

Intitulé

La loi en projet a une visée entièrement modificative. Elle a pour objet de modifier le Code d'instruction criminelle, la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, sans prévoir de dispositions autonomes. Si les trois premiers points énumérés dans l'intitulé indiquent les textes qui sont sujets à modification, tel n'est pas le cas du quatrième point qui décrit l'objet qui sous-tend la majeure partie des dispositions modificatives du projet de loi se répartissant entre les points 1), 2) et 3). Afin de refléter correctement l'objet poursuivi par le projet de loi, il convient dès lors de faire abstraction du point 4) de l'intitulé.

Article 1^{er}

À la phrase introductive des modifications proposées, il convient de faire abstraction des termes « et complété » en ce qu'ils sont superflus.

Point 5)

Au Livre I^{er}, Titre III, Chapitre I^{er}, Section VIII du Code d'instruction criminelle, il est proposé de remplacer les dispositions des articles 88-1 et 88-2 entièrement et de réintroduire les articles 88-3 et 88-4 qui avaient été abrogés par la loi du 5 juillet 2016 portant réorganisation du Service de renseignement de l'État. Dès lors, plutôt que d'écrire que « les articles figurant sous la section VIII (...) sont modifiés comme suit », le Conseil d'État propose le libellé suivant :

« Au Livre I^{er}, Titre III, Chapitre I^{er}, Section VIII, les articles sont remplacés respectivement réintroduits comme suit : (...) ».

À l'article 88-4 qu'il est proposé de réintroduire dans le Code d'instruction criminelle, il convient de viser, au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, l'article 88-1, paragraphe 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

Article 2

À l'article 10*bis*, paragraphe 4, alinéa 1^{er}, qu'il est proposé d'insérer dans la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, il faut remplacer le renvoi à l'article 48-27, paragraphe 7, du Code d'instruction criminelle par un renvoi au paragraphe 1^{er} de cet article.

Au paragraphe 4, alinéa 2, du nouvel article 10*bis*, il convient d'écrire à la dernière phrase « dans le cadre des activités du central de secours d'urgence 112 (...) » et au paragraphe 8, il y a encore lieu de viser l'article 88-1, paragraphe 1^{er}.

Article 3

Il convient de se référer à la phrase introductive de la modification proposée non pas à l'article 2 de la présente loi, mais à l'article 10*bis* de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Article 4

Points 1) et 2)

Aux phrases introductives des points 1) et 2), il suffit d'écrire que les dispositions concernées sont ajoutées, en ce qu'elles ne sont pas ajoutées une nouvelle fois après avoir été supprimées.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 février 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes